

University of Groningen

## Bevoegdheid blijft bevoegdheid? Terugkomen op met het gemeenschapsrecht strijdige besluiten

Jans, J.H.; Marseille, A.T.

*Published in:*

Sociaal Economische wetgeving: Tijdschrift voor Europees en economisch recht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Jans, J. H., & Marseille, A. T. (2007). Bevoegdheid blijft bevoegdheid? Terugkomen op met het gemeenschapsrecht strijdige besluiten. *Sociaal Economische wetgeving: Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 9, 329-333.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

# Bevoegdheid *blijft* bevoegdheid? Terugkomen op met het gemeenschapsrecht strijdige besluiten

154

Prof. mr. J.H. Jans en mr. dr. A.T. Marseille<sup>1</sup>

*In dit artikel wordt de vraag besproken: wat behoren bestuursorganen te doen indien zij besluiten hebben genomen die in strijd met het gemeenschapsrecht blijken te zijn, maar deze besluiten, doordat belanghebbenden geen gebruik hebben gemaakt van de hen ter beschikking staande bezwaar- en beroepsmogelijkheden, in rechte onaantastbaar zijn geworden?*

## 1. Inleiding

Wat behoren bestuursorganen te doen indien zij besluiten hebben genomen die in strijd met het gemeenschapsrecht blijken te zijn, maar deze besluiten, doordat belanghebbenden geen gebruik hebben gemaakt van de hen ter beschikking staande bezwaar- en beroepsmogelijkheden, in rechte onaantastbaar zijn geworden? De lezer van dit tijdschrift is natuurlijk op de hoogte van de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Kühne & Heitz*.<sup>2</sup> In *Kühne & Heitz* oordeelde het Hof dat een bestuursorgaan onder omstandigheden verplicht is terug te komen op een eerder, definitief geworden besluit, wanneer dit besluit in strijd is met het gemeenschapsrecht en wel wanneer:

1. het nationale recht het bestuursorgaan de mogelijkheid biedt terug te komen op het definitief geworden besluit;
2. het in geding zijnde besluit pas definitief is geworden ten gevolge van een uitspraak van een rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor beroep;
3. die uitspraak gebaseerd was op een uitleg van het gemeenschapsrecht die, gelet op een later arrest van het Hof, onjuist was en was gegeven zonder dat was verzocht om een prejudiciële beslissing ex art. 234 EG;
4. de belanghebbende zich tot het bestuursorgaan heeft gewend onmiddellijk na kennis te hebben genomen van het arrest van het Hof.

Een van de vragen die in *Kühne & Heitz* was blijven liggen – omdat de verwijzende rechter in *Kühne & Heitz* die niet had opgeworpen – was of een bestuursorgaan ook verplicht is terug te komen op een eerder onjuist besluit als de belanghebbende geen rechtsmiddelen heeft aangewend tegen het besluit. Elders heeft een van ons, naar aanleiding van *Kühne & Heitz*, gesteld dit niet geheel te willen uitsluiten.<sup>3</sup> Zo is denkbaar dat van een belang-

hebbende ‘in redelijkheid’ niet verwacht kan worden om tegen elk hem onwelgevallig besluit bezwaar en beroep in te stellen, bijvoorbeeld wanneer het volstrekt duidelijk is dat bezwaar en beroep kansloos zijn.<sup>4</sup> Hoewel het Hof in *Kühne & Heitz* wees op de specifieke omstandigheden van het geval, bleef toch de vraag of deze vier criteria cumulatief, limitatief, dan wel slechts tentatief moeten worden begrepen.

## 2. Arcor en i-21

In zijn uitspraak van 19 september 2006, gevoegde zaken C-392/04 en C-422/04, *i-21 Germany GmbH en Arcor AG & Co. KG* (hierna: *Arcor*), heeft het Hof over de reikwijdte van de verplichting tot terugkomen nadere duidelijkheid verschaft.<sup>5</sup> Deze uitspraak is dan ook, vanuit de doctrine bezien, het vervolg op *Kühne & Heitz*. De feiten in deze zaak waren als volgt.

*Arcor* en *i-21* zijn twee telecommunicatieondernemingen aan wie op grond van het Duitse *Telekommunikationsgesetz* en de *Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung* bij

<sup>1</sup> De auteurs zijn verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen.

<sup>2</sup> Zaak C-453/00, *Kühne & Heitz*, Jur. 2004, p. I-837 (SEW 2004, 38, p. 278-280, m.nt. Prechal; NJ 2004, 125, m.nt. Mok; AB 2004, 58, m.nt. Widdershoven; JB 2004/42, m.nt. Verheij).

<sup>3</sup> J.H. Jans & K.J. de Graaf, ‘Bevoegdheid = verplichting? Enkele opmerkingen over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Kühne & Heitz*’, NTER 2004, p. 98-102.

<sup>4</sup> Uit de rechtspraak van het Hof, vgl. de gevoegde zaken C-397/98 en C-410/98, *Metallgesellschaft*, Jur. 2001, p. I-1727, kan worden afgeleid dat deze gedachte ook niet onbekend is in de Europese rechtsorde. Zie hierover meer uitgebreid J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: 2007, p. 356. De grondgedachte – van belanghebbenden mogen geen onredelijke stappen worden verlangd – ligt ook ten grondslag aan de recente uitspraak van het Hof in de zaak *Placanica*, de gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, uitspraak van 6 maart 2007, n.n.g. (r.o. 67). Vgl. ook, terzijde, EHRM 11 januari 2007, *Salah Sheekh/Nederland*, klacht nr. 1948/04, AB 2007, 76 (m.nt. Vermeulen; NJCM-bulletin 2007, p. 179-194, m.nt. Terlouw), waar duidelijk werd dat niet altijd van de belanghebbende een uitputting van nationale rechtsmiddelen mag worden verlangd: ‘The obligation to exhaust domestic remedies is, however, limited to making use of those remedies which are likely to be effective and available in that their existence is sufficiently certain and they are capable of redressing directly the alleged violation of the Convention. An applicant cannot be regarded as having failed to exhaust domestic remedies if he or she can show, by providing relevant domestic case law or any other suitable evidence, that an available remedy which he or she has not used was bound to fail.’

<sup>5</sup> Jur. 2006, p. I-8559. De uitspraak is inmiddels ook gepubliceerd in AB 2006, 411 (m.nt. Widdershoven) en in JB 2006/288 (m.nt. Verheij).

besluiten van het bevoegde Duitse bestuursorgaan hoge vergoedingen (€ 5 420 000 voor i-21 en ongeveer € 67 000 voor Arcor) zijn opgelegd ter zake van aan hen verleende telecommunicatievergunningen. Zij hebben deze vergoedingen betaald zonder die te betwisten en hebben geen beroep ingesteld binnen de daarvoor geldende beroepstermijn van één maand. In een andere zaak had het *Bundesverwaltungsgericht* inmiddels geoordeeld dat de *Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung* onverenigbaar was met rechtsregels van hogere rang, namelijk het *Telekommunikationsgesetz* en de Duitse Grondwet. Vervolgens hebben Arcor en i-21 de terugbetaling van de door hen betaalde vergoedingen gevorderd. Hun vorderingen zijn niet toegewezen. Daarop hebben zij, ieder afzonderlijk, beroep ingesteld bij het *Verwaltungsgericht*, dat de beroepen heeft verworpen op de grond dat de aanslagen definitief waren geworden en dat er geen termen aanwezig waren om in casu de weigering van het bestuursorgaan om deze aanslagen in te trekken, op losse schroeven te zetten. Naar Duits recht beschikken bestuursorganen krachtens par. 48 *Verwaltungsverfahrensgesetz* over een discretionaire bevoegdheid om een definitief geworden onrechtmatige bestuurshandeling in te trekken. Deze discretionaire bevoegdheid kan echter tot nul worden gereduceerd indien de handhaving van de betrokken handeling 'absoluut onaanvaardbaar' (in het Duits: '*schlechthin unerträglich*') is gelet op de begrippen openbare orde, goede trouw, billijkheid, gelijke behandeling of kennelijke onwettigheid.<sup>6</sup>

De centrale vraag die door het *Bundesverwaltungsgericht* aan het Hof van Justitie werd gesteld, was of art. 10 EG aldus moet worden uitgelegd, dat een aanslag waarbij vergoedingen als bedoeld in de eerste vraag zijn vastgesteld en waartegen niet is opgekomen hoewel dit naar nationaal recht mogelijk was, nietig moet worden verklaard indien nietigverklaring naar nationaal recht mogelijk, maar niet verplicht is.

Uit Arcor blijkt nu dat in elk geval de voorwaarde van het aanwenden van bezwaar- en beroepsmiddelen spijkerhard is. In r.o. 53 merkt het Hof op dat het cruciale verschil tussen Arcor en *Kühne & Heitz* juist is dat 'i-21 en Arcor geen gebruik hebben gemaakt van hun recht om beroep in te stellen tegen de tot hen gerichte aanslagen' terwijl '*Kühne & Heitz NV* immers alle haar ter beschikking staande rechtsmiddelen (had) uitgeput'. 'Bijgevolg is, anders dan wat i-21 bepleit, het reeds aangehaalde arrest *Kühne & Heitz* niet relevant om te bepalen of in een situatie als aan de orde in de hoofdgedingen, een bestuursorgaan verplicht is om definitief geworden besluiten opnieuw te onderzoeken', aldus het Hof in r.o. 54 (cursivering toegevoegd). Dit is een wel heel elegante manier om te zeggen dat het Hof nog steeds achter de, in de literatuur nogal bekritiseerde, uitspraak in *Kühne & Heitz* staat, maar de werkingssfeer ervan niet wil uitbreiden buiten de specifieke omstandigheden van *Kühne & Heitz* zelf.

Er is dus geen algemene verplichting, ook al is er op grond van par. 48 *Verwaltungsverfahrensgesetz* een bevoegdheid, voor een bestuursorgaan om terug te komen op een eerder onrechtmatig besluit, wanneer dit besluit, door het ongebruikt verstrijken van beroepstermijnen, formele rechtskracht heeft gekregen. De ratio hiervan is te vinden in het rechtszekerheidsbeginsel. Volgens het

Hof, r.o. 51, wordt met de inachtneming van het rechtszekerheidsbeginsel voorkomen dat bestuurshandelingen die rechtsgevolgen teweegbrengen, onbeperkt in het geding kunnen worden gebracht.<sup>7</sup>

Terzijde zij in dit verband tevens gewezen op de ook in dit tijdschrift geannoteerde zaak *Kapferer*.<sup>8</sup> Daaruit blijkt dat die plicht (*a fortiori*, zo kan gezegd worden) er ook niet is wanneer het besluit, na het aanwenden van rechtsmiddelen, kracht van gewijsde heeft gekregen. Het lijkt dan ook geboden *Kühne & Heitz* opnieuw te definiëren. Uit alles blijkt dat de betekenis van *Kühne & Heitz* beperkt is, en dat dat arrest er niet aan afdoet dat strijd met Europeesrechtelijke normen op zichzelf onvoldoende is om een bestuursorgaan verplicht te achten terug te komen op onjuiste besluiten. We kenden reeds de 'rise and fall of *Emmott*'; nu komt door Arcor daar ook nog eens *Kühne & Heitz* bij!

### 3. Bevoegdheid blijft bevoegdheid?

Terug nu naar *Kühne & Heitz*. Die uitspraak kenmerkte zich door een onduidelijke motivering van de grondslag van de beslissing van het Hof. In *Kühne & Heitz* verwees het Hof slechts in algemene zin naar art. 10 EG, zonder dat duidelijk werd waarom het Hof in dat geval van mening was dat de bevoegdheid die het Nederlandse bestuursorgaan in dat geval naar nationaal recht (art. 4:6 Awb) had om terug te komen op een eerder besluit, werd getransformeerd in een verplichting zulks te doen. Ook kan in dit verband worden verwezen naar de 'Groningse' oratie van Jans, waarin het Hof wordt verweten onvoldoende duidelijk te hebben gemaakt waarom het vindt dat, uitgaande van het bekende beginsel van de procedurele autonomie, in sommige gevallen 'gewoon' het nationale bestuursprocesrecht kan worden toegepast (bevoegdheid blijft bevoegdheid) en in sommige gevallen niet (bevoegdheid wordt verplichting).<sup>9</sup> Ook in deze zaak waren partijen verdeeld over de vraag of het in het geding zijnde Duitse bestuursrecht nu beoordeeld moest worden op grond van de 'strengere' op het voorrangsbeginsel geënte lijn, dan wel dat het Hof de meer 'soepele' en 'lidstaat-vriendelijke' lijn van het *Rewe/Comet* beginsel zou moeten toepassen (r.o. 44-48):

'44. i-21 betoogt dat de handhaving van een dergelijke bestuurshandeling in strijd is met het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht en met de noodzaak om het nuttig effect daarvan te waarborgen. Volgens deze vennootschap weegt het beginsel van rechtszekerheid, ook al erkent het Hof het belang ervan, niet in alle gevallen zwaarder dan het legaliteitsbeginsel. i-21 beklemtoont dat het Hof in het reeds aangehaalde arrest

6 Zie Hartmut Maurer, *Algemeines Verwaltungsrecht*, München: 2006, p. 324-327.

7 Zie eveneens zaak C-310/97 P, *Commissie/AssiDomän Kraft Products e.a.*, Jur. 1999, p. I-5363, r.o. 61.

8 Zaak C-234/04, *Kapferer*, Jur. 2006, p. I-2585 (NTER 2006/5-6, p. 138-140, met commentaar Ortlep; SEW 2006, 57, m.nt. Van Harten; AB 2006, 191, m.nt. Widdershoven; JB 2006/89, m.nt. Verheij).

9 J.H. Jans, *Doorgeschoten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak* (oratie Groningen), Groningen: 2005, met name p. 24-27.

Kühne & Heitz heeft overwogen dat een bestuurshandeling die kracht van gewijsde heeft gekregen ten gevolge van een vonnis dat niet vatbaar is voor hoger beroep, onder bepaalde voorwaarden nietig kan worden verklaard als het indruist tegen het gemeenschapsrecht. Volgens i-21 is dit a fortiori het geval wanneer het gaat om een bestuurshandeling die niet het voorwerp van een rechterlijke beslissing is geweest en die eenvoudigweg definitief is geworden door het verstrijken van de termijn voor het instellen van beroep.

45. Volgens Arcor is de reeds aangehaalde uitspraak Kühne & Heitz niet ter zake dienend daar zij een indirect conflict tussen een nationale procedureregeling en een regel van materieel gemeenschapsrecht betreft, waarbij de nationale regel de toepassing van de gemeenschapsregel verhindert. Volgens Arcor moet het hoofdgeding worden beschouwd als een rechtstreeks conflict tussen twee regels van materieel recht. Artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13, gelezen tegen de achtergrond van artikel 10 EG, eist de terugbetaling van de in strijd met genoemd artikel 11 geïnde vergoedingen, terwijl de nationale regeling deze terugbetaling verbiedt. Arcor meent dat het gemeenschapsrecht in een dergelijk geval voorrang moet hebben boven het daarmee strijdige nationale recht.

46. De Commissie stelt daarentegen dat het reeds aangehaalde arrest Kühne & Heitz een geschikt uitgangspunt is, en wijst erop dat een bestuurshandeling waartegen niet binnen de gestelde termijn is opgekomen, in beginsel niet moet worden ingetrokken. De Commissie wijst er vervolgens op dat in casu moet worden nagegaan of de handhaving van de onrechtmatige aanslagen niet als 'absoluut onaanvaardbaar' moet worden beschouwd gelet op artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13, en dat dit onderzoek ten aanzien van het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel moet worden gevoerd.

47. Wat het gelijkwaardigheidsbeginsel betreft betoogt de Commissie dat naar Duits recht een bestuurshandeling die klaarblijkelijk onrechtmatig is naar nationaal recht, niet kan worden gehandhaafd. Indien dit onderzoek eveneens met betrekking tot het gemeenschapsrecht werd gevoerd, zou daar volgens de Commissie uit voortvloeien dat de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde aanslagen en de regeling waarop deze zijn gebaseerd, als klaarblijkelijk onrechtmatig moeten worden beschouwd, gelet op artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13.

48. De Commissie komt tot dezelfde conclusie wat het doeltreffendheidsbeginsel betreft. De handhaving van deze aanslagen maakt volgens haar de uitoefening van de uit genoemd artikel 11, lid 1, voortvloeiende rechten nagenoeg onmogelijk, aangezien dit een overcompensatie mogelijk maakt waardoor de mededinging gedurende een periode van 30 jaar wordt beperkt.

Ook deze zaak maakt de black box van de 'bevoegdheid=verplichting-jurisprudentie' niet veel transparanter. Deze ondoorzichtigheid brengt mee dat het altijd lastig blijft te voorspellen wat nu de volgende beslissing van het Hof zal zijn, waar het rechtszekerheidsbeginsel en de effectieve en uniforme doorwerking van Europees recht door nationaal procesrecht tegenover elkaar komen te staan.<sup>10</sup>

Opmerkelijk is ook het verschil in benadering in Arcor zelf tussen enerzijds de vraag of er naar Europees recht

een verplichting bestaat om terug te komen, en anderzijds de vraag hoe de nationale rechter op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel moet handelen indien er op grond van het nationale recht een verplichting bestaat om terug te komen. Naar Duits bestuursrecht bestaat er een verplichting om een bestuurshandeling die naar nationaal recht onrechtmatig is, in te trekken, ook al is zij definitief geworden, wanneer de handhaving van deze handeling 'absoluut onaanvaardbaar' zou zijn. Het Hof oordeelt hierover:

'64. Uit de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens blijkt dat om het begrip 'absoluut onaanvaardbaar' te beoordelen, de nationale rechter heeft onderzocht of de handhaving van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanslagen de nationaalrechtelijke beginselen van gelijke behandeling, billijkheid, openbare orde of goede trouw schond, en of de onverenigbaarheid van de aanslagen met rechtsregels van hogere rang overduidelijk was.

65. Volgens het Bundesverwaltungsgericht is het beginsel van gelijke behandeling niet geschonden wanneer ondernemingen als i-21 en Arcor wier aanslag gehandhaafd is, geen gebruik hebben gemaakt van hun recht om tegen deze aanslag op te komen. Hun situatie is dus niet vergelijkbaar met die van ondernemingen die dit recht hebben uitgeoefend en de intrekking van de tot hen gerichte aanslagen hebben verkregen.

66. Een dergelijke toepassing van het gelijkheidsbeginsel dat is vervat in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling, maakt geen onderscheid naargelang het geschil een situatie naar nationaal recht dan wel een situatie naar gemeenschapsrecht betreft, en maakt bijgevolg geen inbreuk op het gelijkwaardigheidsbeginsel.

67. Bovendien is niet aangevoerd dat de beginselen van openbare orde, goede trouw of billijkheid op verschillende wijze zijn toegepast naar gelang van de aard van het geschil.

68. Daarentegen is de vraag opgeworpen of het begrip kennelijke onrechtmatigheid op gelijkwaardige wijze is toegepast. Volgens de Commissie heeft de nationale rechter onderzocht of de aanslagen waren gebaseerd op een regeling die kennelijk onrechtmatig was ten aanzien van rechtsregels van hogere rang, namelijk het TKG en de Duitse grondwet, maar heeft hij dit onderzoek niet of niet nauwkeurig gevoerd ten aanzien van het gemeenschapsrecht. De Commissie betoogt dat de regeling kennelijk onrechtmatig is ten aanzien van de bepalingen van artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13, en dat het gelijkwaardigheidsbeginsel dus niet in acht is genomen.

69. Wanneer de administratie naar nationaal recht verplicht is, een definitief geworden bestuursbesluit in te trekken wanneer dit kennelijk onverenigbaar is met het nationale recht, moet dezelfde verplichting bestaan wanneer dit besluit kennelijk onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

70. Om de mate van duidelijkheid van artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13 te waarderen en het al of niet overduidelijke karakter van de onverenigbaarheid van het nationale recht met dit artikel te beoordelen, moet rekening worden

<sup>10</sup> Wij doelen op de thans aanhangige zaak *Lucchini*, zaak C-119/05. Zie met name de conclusie van A-G Geelhoed van 14 september 2006.



gehouden met de doelstellingen van deze richtlijn, die een van de maatregelen ter volledige liberalisering van de telecommunicatiediensten en de telecommunicatie-infrastructuur is en ertoe strekt de komst van nieuwe exploitanten op de markt te bevorderen (zie in die zin arrest Albacom en Infostrada, reeds aangehaald, punt 35). In dit verband vormt het opleggen van een zeer hoge vergoeding die de geraamde algemene kosten over een periode van 30 jaar dekt, een ernstige belemmering van de mededinging, zoals ook de verwijzende rechter in zijn prejudiciële vragen beklemtoont, en een relevante factor in het kader van deze beoordeling.

71. Gelet op het voorgaande staat het aan de nationale rechter om te beoordelen of een duidelijk met het gemeenschapsrecht onverenigbare regeling, zoals die waarop de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde aanslagen zijn gebaseerd, kennelijk onrechtmatig is in de zin van het betrokken nationale recht.<sup>11</sup>

Bij deze vraag lijkt het Hof, weliswaar in formele zin, de nationale rechter slechts richtlijnen te geven hoe te handelen, maar tussen de regels door, met name uit r.o. 70, lijkt te kunnen worden gelezen dat het Hof ervan uitgaat dat de nationale rechter tot de conclusie zal komen dat de hoge vergoeding overduidelijk onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht en dat dus het bestuursorgaan het besluit zou moeten intrekken.<sup>12</sup>

#### 4. De gevolgen van *Arcor* voor het Nederlandse bestuursrecht<sup>12</sup>

Wat betekent deze uitspraak nu voor het Nederlandse bestuursrecht? In Nederland hebben bestuursorganen, net als in Duitsland, de bevoegdheid om terug te komen op rehtens onaantastbaar geworden besluiten. Anders dan in Duitsland is die bevoegdheid niet in een uitvoerige algemene wettelijke regeling neergelegd. We moeten het doen met één algemene bepaling in de Algemene wet bestuursrecht (art. 4:6 Awb),<sup>13</sup> met een aantal bepalingen in bijzondere wetten en voor het overige met het algemene beginsel dat bestuursorganen – zij het onder allerlei beperkingen – besluiten die ze hebben genomen, kunnen wijzigen of intrekken.<sup>14</sup>

Art. 4:6 lid 1 Awb luidt: 'Indien na een geheel of gedeeltelijk afwijzende beschikking een nieuwe aanvraag wordt gedaan, is de aanvrager gehouden nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden te vermelden.' Het tweede lid vervolgt met: 'Wanneer geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden worden vermeld, kan het bestuursorgaan zonder toepassing te geven aan artikel 4:5 de aanvraag afwijzen onder verwijzing naar zijn eerdere afwijzende beschikking.' Met andere woorden, art. 4:6 Awb eist dat indien een belanghebbende van het bestuursorgaan verlangt dat het terugkomt op een eerdere voor hem ongunstige beslissing, hij gehouden is nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden te vermelden. Bij gebreke daarvan kan het bestuursorgaan er bij de afwijzing van het verzoek eenvoudig mee volstaan te verwijzen naar de eerdere beschikking. Dat betekent vervolgens dat wanneer wél nieuwe feiten en omstandigheden zijn gebleken, het bestuursorgaan niet kan volstaan met een enkele verwijzing naar het eerdere afwijzende besluit.

Voor de gehoudenheid van bestuursorganen om besluiten die zijn genomen in strijd met regels van Europees recht te heroverwegen of zelfs te herzien, is onvoldoende dat zij de bevoegdheid daartoe bezitten, aldus het Hof van Justitie. Waar het blijkens *Arcor* om gaat, is de vraag onder welke omstandigheden die bevoegdheid zich verdicht tot een verplichting. Want als dat het geval is, dient die verplichting in gelijke mate te gelden voor besluiten die zijn genomen in strijd met regels van nationaal recht als voor besluiten die zijn genomen in strijd met regels van EG-recht.

In het Duitse recht verandert de bevoegdheid in een verplichting als het 'absoluut onaantastbaar' is dat het rehtens onaantastbaar geworden besluit blijft zoals het is. Wanneer zijn bestuursorganen volgens het Nederlandse recht gehouden van hun intrekingsbevoegdheid gebruik te maken? Bijzonder aan het Nederlandse bestuursrecht is dat er meerdere hogerberoepsinstanties zijn, die verschillend over die vraag denken. De Afdeling bestuursrechtspraak hanteert als onwrikbaar uitgangspunt dat bevoegdheid van het bestuur nimmer kan resulteren in een verplichting om een verzoek om heroverweging te honoreren.<sup>15</sup> Voor haar staat voorop dat een belanghebbende met een beroep tegen de afwijzing van het verzoek om terug te komen op een besluit, niet kan bereiken dat de rechter het beroep beoordeelt als ware het gericht tegen het oorspronkelijke besluit. Daarmee zou die belanghebbende immers voor zichzelf een nieuw beroepsrecht kunnen creëren, waarmee de rechtszekerheid voor het bestuursorgaan en voor derdebelanghebbenden, die van de formele rechtskracht van het besluit en de onherroepelijkheid daarvan mogen uitgaan, in ernstige mate zou worden aangetast. De

11 In dezelfde zin, de noot van Verheij in *JB* 2006/228, de noot van Widdershoven in *AB* 2006, 411 en de Anmerkung van Matthias Ruffert in *JZ* 2007, p. 407 e.v. Ruffert is van deze drie het meest expliciet: 'Angesichts der deutlichen Hinweise des EuGH wäre es erstaunlich, wenn das BVerwG in der abschließenden Entscheidung keine Rücknahmepflicht statuierte, und aus Sicht des Gemeinschaftsrechts wie des deutschen Verwaltungsrechts ist dies auch das einzig vertretbare Ergebnis.', het *Bundesverwaltungsgericht* dacht daar trouwens anders over blijkens zijn uitspraak van 17 januari 2007 (BVerwG 6 C 32.06).

12 Vgl. over de art. 4:6-problematiek eveneens R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: 2007, in het bijzonder hfdst. 9.3.

13 In de subsidietitel van de Awb is overigens een aantal bepalingen opgenomen die kunnen dienen ter oriëntatie op de wijze waarop bestuursorganen van hun algemene intrekingsbevoegdheden gebruik kunnen maken (zie art. 4:48 t/m 4:51 Awb).

14 ABRvS 12 december 2001, *AB* 2002, 323 (m.nt. Marseille; *JB* 2002/27, m.nt. Albers). Zie voorts K.J. de Graaf & A.T. Marseille, 'Niet alles in één keer goed: het intrekken en wijzigen van onjuiste besluiten', in: M. Herweijer, A.T. Marseille, F.M. Noordam & H.B. Winter, *Alles in een keer goed*, Deventer: 2005, p. 305-324, met verdere literatuurverwijzingen.

15 Vz. ABRvS 3 mei 2001, *AB* 2001, 198 (m.nt. Marseille); ABRvS 4 april 2003, *AB* 2003, 315 (m.nt. Vermeulen; *JB* 2003/139, m.nt. Van der Linden). Zoals gezegd, ligt alles anders als aan een verzoek nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden ten grondslag liggen. Echter, een rechterlijke uitspraak vormt geen novum in de zin van art. 4:6 Awb; CRvB 17 december 1997, *AB* 1998, 124 (m.nt. Bröring); ABRvS 3 september 1999, *AB* 2000, 362; H.E. Bröring & A.T. Marseille, 'De ongekende vrijheden en beperkingen van artikel 4:6 Awb', *JBplus* 2002, p. 54-71 (zie met name p. 59-60).

uitzonderingen die de Afdeling in haar jurisprudentie op dit uitgangspunt maakt, zijn op de vingers van een hand te tellen.<sup>16</sup> De Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven zijn van oordeel dat onder omstandigheden sprake kan zijn van een verplichting voor het bestuur om terug te komen op een rechtens onaantastbaar geworden besluit, namelijk als moet worden geoordeeld dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid van de gebruikmaking van die bevoegdheid kon afzien, dan wel, door er van af te zien, heeft gehandeld in strijd met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of met een algemeen rechtsbeginsel.<sup>17</sup>

Zo bezien zou niet ieder Nederlands bestuursorgaan in gelijke mate verplicht zijn rechtens onaantastbaar geworden besluiten die in strijd zijn met het Europees recht te herzien. Bestuursorganen wier besluiten uiteindelijk zijn onderworpen aan het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak als hoogste bestuursrechter zouden minder snel een dergelijke verplichting hebben dan bestuursorganen tegen wier besluiten in laatste instantie beroep bij de Centrale Raad van Beroep of het College van Beroep voor het bedrijfsleven open staat.

De uiteenlopende visies van de verschillende Nederlandse hogerberoepsrechters op de verplichting van het bestuur om rechtens onaantastbaar geworden besluiten te herzien, leidt tot twee vragen. De meest voor de hand liggende vraag – reeds opgeworpen door Widdershoven in zijn noot bij Afdeling bestuursrechtspraak 12 juli 2006<sup>18</sup> – is of het, bezien vanuit het Europees recht, een probleem is dat verschillende Nederlandse hogerberoepsinstanties een verschillende uitleg geven aan voor de doorwerking van het Europees recht relevante bepalingen van nationaal procesrecht. Widdershoven beantwoordt die vraag ontkennend, zij het met enige slagen om de arm. Voor wat betreft de gehoudenheid van het bestuur om rechtens onaantastbaar geworden besluiten te herzien, lijkt ons enerzijds verdedigd te kunnen worden dat in Nederland verschillende hoogste bestuursrechters een verschillende kijk op dat vraagstuk kunnen hebben. Immers, als het Hof accepteert dat de mate waarin het materiële Europese recht doorwerkt, per lidstaat kan verschillen (vanwege het feit dat procedurele regels van de verschillende lidstaten meer of minder ruimte aan het bestuur laten om zorg te dragen voor de effectivering daarvan), ligt het wellicht niet voor de hand dat het Hof er een probleem mee zou hebben dat een dergelijk verschil zich *binnen* lidstaten voordoet. Daar staat tegenover dat een verschil in aanpak tussen de verschillende hoogste nationale bestuursrechters duidt op *inconsistentie*. En daarmee komt ook de rechtvaardiging van een ‘strengere’ interpretatie van art. 4:6 Awb onder druk te staan.<sup>19</sup> Immers, hoe kan de ene hoogste bestuursrechter een ‘strengere’ interpretatie rechtvaardigen, als de andere hoogste bestuursrechter er een soepeler standpunt op na houdt?

Dan de andere vraag. Is het vanuit Europeesrechtelijk perspectief bezwaarlijk dat de nationale rechter bestuursorganen volledige vrijheid verschaft ter zake van het gebruik van hun intrekkingsbevoegdheid, zoals de Afdeling bestuursrechtspraak doet? Het arrest geeft daar geen uitsluitsel over, maar het lijkt onwaarschijnlijk dat het Hof daar geen problemen mee zou hebben. Dat vermoeden is met name gestoeld op de overwegingen

die het Hof in het arrest wijdt aan wat de Duitse bestuursrechter te doen staat in het vervolg op het arrest van het Hof. Weliswaar zegt het Hof dat de rechter zelf moet beslissen of de weigering van de Duitse overheid om de onjuiste besluiten te herzien in het licht van de Europese regels ‘absoluut onaanvaardbaar’ is, en daarmee onrechtmatig, maar de vingerwijzing die het Hof geeft, is in alle commentaren op het arrest waarvan wij kennis hebben genomen, geïnterpreteerd als een nauwelijks te negeren oproep om te beslissen dat de Duitse overheid in dit geval van diens herzieningsbevoegdheid gebruik moet maken.<sup>20</sup>

## 5. Conclusie

Het Hof dirigeert de Duitse rechter in *Arcor* vriendelijk doch dringend in de richting van een uitspraak die het bestuur noopt tot herziening van de aan i-21 en Arcor opgelegde vergoedingen. Het Hof kan dat doen omdat de Duitse rechter de vrijheid van het bestuur op dat punt ten principale beperkt acht. Zou het Hof accepteren dat het, in een situatie dat de nationale rechter het bestuur *wel* volledig vrij laat in het gebruik van diens herzieningsbevoegdheid, elke sturingsmogelijkheid moet ontberen? Dat lijkt ons onwaarschijnlijk. Aangenomen kan worden dat het Hof een dergelijke opstelling van de nationale rechter niet accepteert, maar eist dat die zich tenminste enige ruimte verschaft om het gebruik door het bestuur van diens herzieningsbevoegdheid te toetsen, zodat het Hof op zijn beurt de mogelijkheid heeft zich uit te laten over het gewenste gebruik daarvan. Die conclusie is in de Duitse literatuur inmiddels al getrokken. Daar is opgemerkt dat nationale regelingen die de intrekking van rechtens onaantastbaar geworden besluiten (zo goed als) onmogelijk maken, niet in overeenstemming zijn met het in art. 10 EG-Verdrag neergelegde beginsel van gemeenschapstrouw.<sup>21</sup> Wie de schoen past, trekke hem aan.

16 ABRvS 5 maart 2002, AB 2002, 169 (m.nt. Sewandono); ABRvS 23 april 2003, JV 2003/280 (m.nt. Spijkerboer); ABRvS 19 mei 2004, JV 2004/313 (m.nt. Spijkerboer).

17 CRvB 27 januari 2006, RSV 2006/124 (USZ 2006/96); zie voor een vergelijkbare uitspraak van het CBB 22 juni 2004, JB 2004/300.

18 AB 2006, 338.

19 Zie over het belang van een consistente interpretatie en toepassing van het nationale bestuursprocesrecht door de verschillende hoogste nationale bestuursrechters o.a. J.H. Jans, *Doorgesloten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak* (oratie Groningen), Groningen: 2005, in het bijzonder p. 12-17. In dezelfde zin, maar dan op het punt van verontschuldigbare termijnoverschrijding, L.A.D. Keus in zijn inleiding voor de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht d.d. 6 juni 2007.

20 Zie de eerdergenoemde noten van Verheij en Widdershoven, alsmede de *Anmerking* van Ruffert in JZ.

21 Klaus Ferdinand Gärditz, ‘Die Bestandskraft gemeinschaftsrechtswidriger Verwaltungsakte zwischen Kasuistik und Systembildung’, NWVBl. 2006-12, p. 441-449 (p. 446); Matthias Ruffert, ‘Anmerkung’ onder zaak C-234/04, *Kapferer* in JZ 2006-18, p. 905-906.